

Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats oder der Einzelbetriebsräte
bei der Einführung und Ausgestaltung von OMC?

Gutachtliche Stellungnahme

für den Gesamtbetriebsrat der Max-Planck-Gesellschaft

von

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

A.) Sachverhalt

Die Max-Planck-Gesellschaft betreibt nach Auskunft ihres Gesamtbetriebsrats seit mehr als einem Jahr die Software „OMC“ für ihren Web-Auftritt. Dem hat der Gesamtbetriebsrat bisher nicht zugestimmt.

Die Abkürzung „OMC“ steht für „Online Marketing Cockpit“. Wie sich aus einem (undatierten) „White Paper“ der Firma Infopark AG ergibt, ist es Sinn dieser Software, die Kundenbeziehungen und ihre Abwicklung auf eine neue Grundlage zu stellen. Statt vieler nebeneinanderstehender Kundenkontakte werden diese nunmehr jeweils zu einem Datensatz zusammengefasst; es entsteht eine digitale Kundenakte. Bei einem Wechsel des Ansprechpartners ist es der neuen Kontaktperson in kurzer Zeit möglich, sich das gesamte Wissen über den bisherigen Verlauf der Kundenbeziehung anzueignen. Einzelne Marketingaktivitäten, z. B. die Übersendung von Angeboten, können automatisch ausgelöst werden, wenn bestimmte Bestellungen erfolgen oder bestimmte Websites häufiger besucht wurden. Auch ist ein aussagekräftiges Web-Controlling möglich. Als Beispiele werden etwa die folgenden Fragen genannt, die sich durch einfache Auswertung unschwer beantworten lassen:

- Welche Angebote werden besonders häufig genutzt?
- Welche Angebote erscheinen den Interessanten weniger interessant?
- Welche „Klickstrecken“ vollziehen die Besucher auf der Website?
- Wo steigen Interessenten am häufigsten ein?
- Wo steigen die meisten aus?
- Wie häufig besuchen bereits bekannte Nutzer die Website?
- Über welche Suchbegriffe gelangen neue Nutzer auf die Website?

Die Ergebnisse können mit den Bestandsdaten der schon vorhandenen Kunden verglichen werden, was weitere Aufschlüsse über die Bedürfnisstruktur ermöglicht. So kann beispielsweise einem Bestandskunden kurze Zeit nach dem Download einer Produktbeschreibung ein auf seine mutmaßlichen Bedürfnisse zugeschnittenes Angebot zu diesem Produkt übermittelt werden.

Die Software ermöglicht weiter ein zielgerichtetes Newsletter-Management. Dabei kann unschwer festgehalten werden, wer einen Newsletter erhalten hat und wer nicht.

Anfragen von Kunden werden zentral erfasst; ihre Beantwortung liegt prinzipiell in einer Hand. Dadurch kann die Kundenbetreuung erheblich verbessert werden. Dasselbe gilt für Veranstaltungs- und Eventmanagement.

Die Einführung dieser Software führt automatisch zur Erfassung von personenbezogenen Daten von Beschäftigten. Dies wird besonders deutlich bei der Zusammenfassung der gesamten Kundenbeziehung in einer Hand, aber etwa auch beim Veranstaltungsmanagement. Dasselbe muss man auch annehmen, wenn die Reaktion auf Kundenverhalten nicht automatisch geschieht, sondern eine menschliche Entscheidung dazwischengeschaltet ist: Im System wird es zumindest bestimmbar sein, wer diese Person im Einzelnen war. Erst recht ist dies im sog. Employee Editor (EE) der Fall, doch bewegt sich dieser außerhalb des Untersuchungsauftrags.

Die Generalverwaltung und die einzelnen Institute und Einrichtungen, die OMC nutzen, stellen jeweils eine informationstechnisch selbständige Einheit dar. In einem „finalen Entwurf“ vom 19. März 2013 (Autor: Wulf Kaiser) stellt die Max-Planck-Gesellschaft unter 1. b II. fest:

„Ein betriebsübergreifender Datenaustausch wie auch eine Zusammenführung der Daten einzelner, mehrerer oder aller MPG-Einheiten ist derzeit weder vorgesehen noch möglich. Demzufolge ist auch keine zentrale Auswertbarkeit mehr möglich.“

Weiter heißt es, für jede MPG-Einheit sei eine eigene OMC-Instanz eingerichtet worden.

Mit der Infopark AG besteht ein Vertrag über Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG. Diese hat ihrerseits mit Zustimmung der MPG Unterauftragnehmer eingeschaltet, die ihren Sitz innerhalb der EU haben. Dabei handelt es sich entweder um die GWDG (Gesellschaft für Wissenschaftliche Datenverarbeitung GmbH) mit Sitz in Göttingen oder um die Amazon Web Services mit Sitz in Irland. Dem betrieblichen Datenschutzbeauftragten der MPG wurde Einblick in diesen Vertrag nur gegeben, nachdem er zuvor ein „Non Disclosure Agreement“ unterzeichnet hatte. Er kam in seiner „Bewertung“ vom 15. 3. 2013 zu dem Ergebnis, nur Daten der Schutzstufe „1. Kategorie: Normaler Schutzbedarf“ dürften in dieser Weise gespeichert werden, wobei es sich nicht um Probandendaten handeln dürfe.

Der Gesamtbetriebsrat möchte mit E-Mail-Schreiben vom 13. Mai 2013 wissen,

1. ob für die Mitbestimmung über die Einführung und Ausgestaltung von OMC der Gesamtbetriebsrat oder die Einzelbetriebsräte zuständig sind, und

2. ob der Gesamtbetriebsrat verlangen kann, dass ihm Einsicht in den mit Amazon geschlossenen Vertrag gewährt wird.

B.) Rechtliche Stellungnahme

I. Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats oder der Einzelbetriebsräte

1. Der rechtliche Ausgangspunkt

Nach § 50 Abs. 1 BetrVG ist der Gesamtbetriebsrat zuständig für die Behandlung von Angelegenheiten, die das Gesamtunternehmen oder mehrere Betriebe betreffen und die nicht durch die einzelnen Betriebsräte innerhalb ihrer Betriebe geregelt werden können. Soweit diese spezifischen Voraussetzungen nicht vorliegen, bleibt es bei der Zuständigkeit des Einzelbetriebsrats.

Während sich die erste Bedingung leicht handhaben lässt, da es genügt, dass zwei Betriebe betroffen sind, bereitet die zweite einige Schwierigkeiten. Bei wörtlicher Auslegung hätte der Gesamtbetriebsrat gar keinen Aufgabenbereich, ist doch ein gleich gerichtetes Vorgehen aller Einzelbetriebsräte immer möglich. Da dies nicht gewollt sein kann, stehen Rechtsprechung und herrschende Lehre auf dem Standpunkt, für eine betriebsübergreifende Regelung müsse ein „zwingendes Erfordernis“ sprechen; bereits dann sei die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats gegeben. Demgegenüber würden bloße Zweckmäßigkeit oder Kostenersparnis nicht genügen.

BAG 11. 11. 1998 – 7 ABR 47/97 - NZA 1999, 947; BAG 11. 12. 2001 – 1 AZR 193/01 - NZA 2002, 688; BAG 15. 1. 2002 – 1 ABR 10/01 – NZA 2002, 988; BAG 9. 12. 2003 – 1 ABR 49/02 - NZA 2005, 234, 235; aus der Literatur s. den Überblick bei Kreutz, in: Wiese/Kreutz/Oetker/Raab/Weber/Franzen, Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 9. Aufl., Köln 2010, § 50 Rn 32; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung. Handkommentar, 26. Aufl., München 2012, § 50 Rn 24

Über das Vorliegen eines „zwingenden Erfordernisses“ kann man nicht selten verschiedener Auffassung sein. Würden unterschiedliche betriebliche Regelungen zu erheblichen Unzuträglichkeiten oder dazu führen, dass das Funktionieren des Unternehmens erheblich beeinträchtigt wäre, ist die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats gegeben. Jedenfalls insoweit besteht Einigkeit. Es müsste beispielsweise ohne eine einheitliche Regelung eine technisch

untragbare Störung eintreten. Maßgebend sind stets die konkreten Umstände des Unternehmens und der einzelnen Betriebe.

BAG 9. 12. 2003 – 1 ABR 49/02 – NZA 2005, 234, 235 rechte Spalte unten

Die Abgrenzung der Zuständigkeiten ist zwingend und kann weder durch die Betriebsparteien noch durch Tarifvertrag verändert werden.

BAG 9. 12. 2003 – 1 ABR 49/02 – NZA 2005, 234

Die Rechtsprechung des BAG hat in neuerer Zeit insbesondere zur Frage der technischen Notwendigkeit einer betriebsübergreifenden Regelung Stellung genommen und diese für den Fall bejaht, dass die in einem Betrieb erhobenen Daten auch zur Weiterverwendung in einem anderen Betrieb bestimmt sind.

BAG 14. 11. 2006 – 1 ABR 4/06 – NZA 2007, 399, 402 Tz 30

Daneben können rechtliche Gründe für eine einheitliche Regelung sprechen,

BAG 14. 11. 2006 – 1 ABR 4/06 – NZA 2007, 399, 401 Tz 22. Ebenso BAG 9. 12. 2003 – 1 ABR 49/02 – NZA 2005, 234, 235 rechte Spalte unten: „Ein zwingendes Erfordernis kann sich aus technischen oder rechtlichen Gründen ergeben.“

die jedoch nicht näher spezifiziert werden. Wahrscheinlich sind damit jene Fälle gemeint, in denen der Arbeitgeber eine Sozialleistung nur dann gewähren will, wenn sie alle unternehmensangehörigen Arbeitnehmer erhalten und deshalb eine betriebspezifische Regelung „unmöglich“ ist.

2. Anwendung auf den konkreten Fall

Die OMC-Software soll in der Generalverwaltung und in allen Instituten und Einrichtungen benutzt werden, die sich für ihre Anwendung entscheiden.

Dies bedeutet einmal, dass die Voraussetzungen des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG gegeben sind. Wie bei der Schilderung des Sachverhalts ausgeführt, werden durch den Einsatz von OMC auch personenbezogene oder personenbeziehbare Daten von Beschäftigten erfasst. So lässt sich etwa unschwer mit Hilfe von Zusatzwissen wie Besetzungs- und Schichtplänen erschließen, wer zu welcher Zeit welche Kunden betreute. Dies genügt für die Anwendung des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, da damit auch die Möglichkeit einer Verhaltens- und Leistungskontrolle eröffnet ist.

Vgl. Fitting, a. a. O. § 87 Rn 244; Klebe, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, BetrVG, 13. Aufl. Frankfurt/Main 2012, § 87 Rn 198 ff.

Die OMC-Software soll als solche von sämtlichen (interessierten) Instituten und Einrichtungen benutzt werden. Anders als z. B. bei einheitlichen Telefonanlagen ist allerdings nicht daran gedacht, die in einem Institut angefallenen Daten auch in anderen nutzbar zu machen und institutsübergreifende Auswertungen vorzunehmen. Auf der anderen Seite bleibt der Arbeitgeberseite die Möglichkeit, die Resultate der einzelnen Institute abzufragen und das beste oder die besseren als „Benchmark“ zu verwerten. Könnte hier aufgrund eines Mitbestimmungsverfahrens ein Institut ausscheren oder würden dies mehrere tun, so wäre die Vergleichbarkeit nicht mehr gegeben. Dies könnte man eventuell als erhebliche Störung qualifizieren.

Den zur Verfügung erstellten Unterlagen ist jedoch nicht zu entnehmen, dass eine solche Absicht besteht oder in absehbarer Zeit solche Schritte erwogen werden. Dies spricht gegen die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats und für die Anwendung der Regel, dass grundsätzlich die örtlichen Betriebsräte zuständig sind.

Daneben gibt es zwei weitere Gründe, die für die Zuständigkeit der Einzelbetriebsräte ins Feld geführt werden können.

Zum einen ist das System OMC flexibel ausgestaltet. Neben dem All-inclusive-Komplettpaket kann beispielsweise auch die Einrichtung einer VPN-Verbindung zu einem oder einer Reihe von Kunden eingerichtet werden, was nach Einschätzung des Verfassers für manche Institute eine attraktive Alternative sein könnte. Auf S. 15 des Übersichtspapiers „Infopark Online Marketing Cockpit“ sind zahlreiche weitere Anwendungsfälle für

unterschiedliche Angebotsvarianten genannt. Ziel ist das Erstellen „maßgeschneiderter“ Lösungen. Über sie auf zentraler Ebene des Gesamtbetriebsrats mitzubestimmen, erschiene wenig sachgerecht. Dies insbesondere angesichts der Tatsache, dass das BAG eine Aufteilung der Mitbestimmungsrechte zwischen Gesamtbetriebsrat und Einzelbetriebsräten kategorisch ablehnt: ist die Kompetenz des Gesamtbetriebsrats einmal begründet, erstreckt sie sich auf alle unter den Mitbestimmungstatbestand fallenden Fragen, also auch auf solche, die sich besser auf dezentraler Ebene entscheiden ließen. So geht etwa das BAG davon aus, dass die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats für den Interessenausgleich auch die sog. Namensliste miterfasst, obwohl diese die auf betrieblicher Ebene vorzunehmende soziale Auswahl betrifft.

BAG 7. 7. 11 – 6 AZR 248/10 - NZA 11, 1108 Tz. 24; BAG 19. 7. 12
– 2 AZR 386/11 - NZA 13, 333.

Es würde schwerfallen, die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats auch auf die betrieblichen Varianten von OMC zu erstrecken.

Zum zweiten ist das System nicht für alle Max-Planck-Institute verbindlich. Aus den Unterlagen ergibt sich beispielsweise, dass die rechtswissenschaftlichen Institute in Hamburg, Heidelberg, Freiburg und München – soweit ersichtlich – nicht erfasst sind. Inwieweit bestimmten anderen Instituten und Einrichtung die Nutzung von OMC empfohlen, nahegelegt oder gar befohlen wird, lässt sich den Unterlagen nicht entnehmen. Dies spricht gleichfalls gegen eine unternehmenseinheitliche Lösung.

Als **Ergebnis** lässt sich daher festhalten, dass das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG unter den derzeit erkennbaren Umständen den Einzelbetriebsräten zusteht. Allerdings existiert die Möglichkeit, dass einzelne von ihnen oder alle, die OMC verwenden, den Gesamtbetriebsrat nach § 50 Abs. 2 BetrVG ermächtigen, ihre Mitbestimmungsrechte gegenüber der Arbeitgeberseite geltend zu machen.

II. Informationsrechte der betrieblichen Interessenvertretungen

1. Die Rechte des Betriebsrats nach § 80 Abs. 2 BetrVG

Der Arbeitgeber ist nach § 80 Abs. 2 BetrVG verpflichtet, den Betriebsrat „zur Durchführung seiner gesetzlichen Aufgaben rechtzeitig und umfassend“ zu unterrichten. Deshalb sind ihm auf Verlangen „jederzeit“ die zu diesem Zweck erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Diese „Generalklausel“ greift überall dort ein, wo keine spezielle Auskunftspflicht des Arbeitgebers wie z. B. bei Betriebsänderungen nach § 111 Satz 1 BetrVG besteht.

Der Auskunftsanspruch bezieht sich auf alle Aufgaben des Betriebsrats. Dazu zählen nicht nur Mitbestimmungsrechte, sondern beispielsweise auch die Befugnis nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, über die Einhaltung der zugunsten der Arbeitnehmer im Betrieb anzuwendenden Gesetze zu wachen. Dazu gehören anerkanntermaßen auch datenschutzrechtliche Normen wie das BDSG.

BAG 17. 3. 1987 – 1 ABR 59/85 – DB 1987, 1491; weitere Nachweise bei Buschmann, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, a. a. O., § 80 Rn 14

Der Betriebsrat kann also alle Informationen verlangen, die er benötigt, um die Einhaltung des Datenschutzrechts zu überprüfen. Soweit eine Auftragsdatenverarbeitung stattfindet, kann er auch kontrollieren, ob dabei die Voraussetzungen des § 11 BDSG gewahrt sind.

Dazu die Erläuterungen zu § 11 von Wedde in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl., Frankfurt/Main 2010, sowie von Wohlgemuth, in: Handkommentar Arbeitsrecht, herausgegeben von Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, 3. Aufl., Baden-Baden 2013.

Da die Auftragsdatenverarbeitung einen schriftlichen Vertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer voraussetzt, kann der Betriebsrat seine Kontrollfunktion nur dadurch ausüben, dass er Kenntnis vom Inhalt des Vertrages erhält.

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Betriebsrat auch Auskunft über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu geben.

BAG 15. 12. 1998 – 1 ABR 9/98 - AuR 1999, 242; BAG 13. 2. 2007 - 1 ABR 14/06 – AuR 2007, 326

Ein Vorbehalt wie in § 106 Abs. 2 Satz 1 BetrVG ist nicht vorhanden. Der Arbeitgeber kann sich dadurch schützen, dass er die fraglichen Vorgänge ausdrücklich als „geheim“ bezeichnet und so die Verschwiegenheitspflicht des Betriebsrats nach § 79 BetrVG auslöst. Hält sich ein Betriebsratsmitglied nicht daran, macht es sich nach § 120 BetrVG strafbar.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so ergibt sich Folgendes:

Zur Wahrung datenschutzrechtlicher Grundsätze gehört auch, dass die Vorschrift des § 11 BDSG bei der Auftragsdatenverarbeitung gewahrt bleibt. Sie betrifft nicht nur den Auftragnehmer der ersten Stufe, sondern auch alle weiteren Unterauftragnehmer. Die mit ihnen geschlossenen Verträge müssen gleichfalls den Vorgaben des § 11 BDSG entsprechen. Dies setzt voraus, dass der Betriebsrat Kenntnis auch von den vertraglichen Abmachungen mit den Unterauftragnehmern erhält.

Dafür besteht umso mehr Anlass, als der genaue Speicherort in den Fällen der Einschaltung von Amazon nicht mit letzter Klarheit zum Ausdruck gebracht ist. In dem „finalen Entwurf“ des Papiers „Relaunch der Institutswebsites“ (Anlage 7 zum Beschaffungsmandat „Infopark Online Marketing Cockpit (OMC)“ vom 3. Mai 2013 heißt es etwa:

„Sowohl der Betrieb der Software als auch die Speicherung der Daten erfolgen auf Servern in der Computing Cloud der Firma Amazon Europe, welche von der Infopark AG als Unterauftragnehmer beschäftigt wird. Die deutsche Niederlassung ist die Amazon.de GmbH, Marcel-Breuer-Str. 12, 80807 München.

Datenspeicherung und Betrieb erfolgen verteilt auf mehrere Serversysteme in der Cloud Front der Firma Amazon; der Serverstandort ist Irland (Europäische Union).“

Ob sämtliche Server der „Cloud Front“ der Fa. Amazon in Irland stehen, wird nicht mit absoluter Sicherheit deutlich.

Nicht erforderlich dürfte es sein, dass der Betriebsrat eine Kopie des Vertrages erhält; es reicht, wenn er ihn einsehen und sich Notizen machen kann. Dieses „Minimum“ kann aber auch nicht wegen der Tatsache unterschritten werden, dass einzelne Vertragsbestimmungen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten könnten; vielmehr ist auch dann der Betriebsrat vollständig zu informieren. Zur Unterzeichnung eines „Geheimhaltungsvertrages“ (Non-Disclosure Agreement) ist er nicht verpflichtet; es genügt, wenn er einen entsprechenden Hinweis erhält und ggf. die §§ 79 und 120 BetrVG ausdrücklich erwähnt werden.

2. Die Rechte des Gesamtbetriebsrats

Ist der Gesamtbetriebsrat nach § 50 Abs. 2 BetrVG zur Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte ermächtigt worden, kann er insoweit auch Informationsrechte in Bezug auf die Tatsachen geltend machen, die er für die Wahrnehmung seiner Aufgaben nach seiner (vertretbaren) Einschätzung benötigt.

Soweit § 50 Abs. 2 BetrVG mangels Ermächtigung nicht eingreift, kann der Gesamtbetriebsrat insoweit ein Informationsrecht geltend machen, als er sich in die Lage versetzen will, beurteilen zu können, ob er selbst bestimmte Zuständigkeiten besitzt.

S. Fitting a. a. O. § 80 Rn 51: Der Betriebsrat kann Informationen abfragen, wenn eine „gewisse Wahrscheinlichkeit“ besteht, dass die Angelegenheit in seine Zuständigkeit fällt.

Soweit etwa über die Funktionalität von OMC noch Zweifel bestehen, kann der Gesamtbetriebsrat Aufklärung verlangen, solange denkbar ist, dass ihm doch eine Zuständigkeit nach § 50 Abs. 1 BetrVG zukommt.

